



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA
UNIÓN EUROPEA DE 14 DE
SEPTIEMBRE DE 2016, CASO DE
DIEGO PORRAS:
PRONUNCIAMIENTOS
POSTERIORES**

Autor: Sara Gayo Blasco
5º E-3 B

Derecho Laboral

Tutor: Dolores Carrillo Márquez

Madrid

Abril 2017

RESUMEN

El sistema de contratación en España siempre ha sido objeto de controversia con motivo de la diversidad de contratos que se contemplan y las características distintas de cada uno. La indemnización a resultas de la extinción de un contrato ha sido un tema central en la discusión. Por ello, la sentencia De Diego Porras ha vuelto a poner sobre la mesa las desigualdades indemnizatorias, concretamente de los contratos de interinidad, llevando a que la doctrina jurídica y científica expresen su opinión y demanden una posición unánime del Tribunal Supremo respecto del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha determinado como discriminatoria la desigualdad de trato indemnizatoria de los trabajadores temporales interinos y los trabajadores fijos.

A través de este estudio se profundiza en la sentencia del caso, llegando a concluir que la misma está fundamentada sobre un error conceptual que lleva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a confundir las “condiciones objetivas” de extinción de los contratos temporales con las causas objetivas albergadas en los artículos 47 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, culminando, en su opinión, en una causa injustificada de discriminación, que, en realidad, obedece a un fin de política social. Asimismo, se contempla la influencia de este fallo en asuntos posteriores y se da respuesta a alguna de las preguntas que origina, como la posibilidad de una indemnización para los contratos temporales que culminen por el fin de su término o la implantación de un contrato único en el Ordenamiento Jurídico español.

Palabras clave: De Diego Porras, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contratos de interinidad, indemnización, causas objetivas, condiciones objetivas, extinción.

ABSTRACT

The contracting system in Spain has always been subject of controversy because of the diversity of contracts contemplated and the different characteristics of each. Compensation resulting from the termination of a contract has been a central issue in the discussion. For this reason, the *De Diego Porras* sentence has once again put on the table the compensatory inequalities, specifically of the interim contracts, bearing to the legal and scientific doctrine to express their opinion and demand a unanimous position of the Supreme Court with respect to the sentence of the Court of Justice of the European Union, which has determined as discriminatory the unequal treatment of interim temporary workers and fixed workers.

Through this study, the judgment of the case is deepened, concluding that it is based on a conceptual error that leads the Court of Justice of the European Union to confuse the "objective conditions" for termination of temporary contracts with the objective caseloads enshrined in Articles 47 and 52 of the Workers' Statute, culminating, in their opinion, in an unjustified cause of discrimination, which is in reality due to an aim to social policy. It also considers the influence of this sentence in subsequent cases and responds to some of the questions that it originates, such as the possibility of a compensation for temporary contracts that culminate in the end of its term or implementing a single contract in the Spanish National Law.

Key words: *De Diego Porras*, Court of Justice of the European Union, interim contracts, compensation, objective caseloads, objective conditions, compensation.

ÍNDICE

Listado de Abreviaturas.....	IV
1. Introducción.....	1
1.1 Objetivo, justificación y metodología.....	1
1.2 Estado de la cuestión.....	3
2. Supuesto de Hecho	6
2.1 Análisis del supuesto de hecho y de las pretensiones de la demandante	7
3. Análisis de la sentencia del TJUE	11
3.1 Cuestiones prejudiciales y conclusión del TJUE	11
4. Análisis de la sentencia del TSJM.....	17
5. Análisis de sentencias posteriores	19
5.1 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2016.....	19
5.1.1 Supuesto de hecho.....	19
5.1.2 Fundamentos de Derecho y Fallo.....	20
5.2 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de noviembre de 2016.....	21
5.2.1 Supuesto de hecho.....	21
5.2.2 Fundamentos de Derecho y Fallo.....	22
5.2.3 Voto particular.....	23
5.3 Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de noviembre de 2016....	26
5.3.1 Supuesto de hecho.....	26
5.3.2 Cuestiones prejudiciales.....	26
6. Incógnitas a abordar tras la sentencia del caso De Diego Porras	31
6.1 ¿La solución aportada es extensible a los restantes contratos temporales?	31
6.2 ¿La doctrina es aplicable sólo en la Administración Pública o también en el sector privado?.....	33
6.3 Indemnización para los contratos de interinidad	33
6.4 ¿Contrato único?.....	35
7. Conclusión.....	38
8. Bibliografía	40

LISTADO DE ABREVIATURAS

ET	Estatuto de los Trabajadores
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJM	Tribunal Superior de Justicia de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Objetivo, justificación y metodología

Desde que se dio a conocer la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 14 de septiembre de 2016 sobre indemnización de contratos temporales¹, más conocida como el caso De Diego Porras, relativa a la posible causa de discriminación por la falta de indemnización en la extinción de los contratos de interinidad, se han suscitado diversas cuestiones entorno a la misma.

Tras este pronunciamiento, tanto la doctrina judicial como la científica se han planteado si la resolución que recoge es extensible no sólo a los contratos de interinidad, si no a los restantes contratos temporales; si la Doctrina del caso es aplicable exclusivamente en las en las Administraciones Públicas o igualmente en el sector privado²; la posible indemnización a contemplar para los contratos de interinidad que finalizan por la llegada de su término³; si abre la puerta a la creación de un contrato único, y demás interrogantes que por el momento no parecen haber hallado respuesta. No obstante, no son pocos los autores que se han aventurado a responder a las preguntas que han ido surgiendo, cada uno desde un enfoque diferente, como se expondrá a continuación en el apartado siguiente.

El objetivo de este trabajo es conducir al lector a través de sentencia del caso, analizando cada uno de los aspectos relevantes de la misma y que han llevado al Tribunal a concluir lo que en ella se recoge. Se pretende, de igual modo, aportar un nuevo punto de vista sobre las cuestiones planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en adelante TSJM) y abordar las incógnitas que su aplicación origina.

El motivo del desarrollo de este proyecto descansa, por un lado, en la controversia generada por el tema en cuestión. Tanto los operadores jurídicos como la doctrina judicial y científica han manifestado su parecer en relación a lo contenido tanto en la cuestión prejudicial como en la posterior sentencia del TSJM, conduciendo a estudiantes y conocedores del Derecho a obtener diferentes enfoques que permiten crear una opinión

¹ STJUE de 14 de septiembre de 2016, *de Diego Porras*, asunto C-596/14 (TJCE 2016\111).

² SEMPERE NAVARRO, A., “Texto y contexto de STJUE sobre indemnización en contratos de interinidad”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm.189, 2016, pp. 13-34.

³ PRECIADO DOMÈNECH, C. H., “Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016”, *Revista de información laboral*, núm.8, 2016, pp. 37-55.

propia más enriquecida. Por otro lado, todas las cuestiones relacionadas con los contratos temporales siempre han constituido un tema controvertido que no se ha, sino agravado desde que se dio a conocer el caso. Se trata de un asunto de gran relevancia en el sistema laboral español, ya que el número de contratos temporales en España en 2015 rondó los 17 millones⁴, lo que contribuye a que la indemnización que se perciba con motivo del cese de un trabajador empleado bajo este tipo de contratos se convierta en objeto de observación.

Con el fin de realizar un análisis completo, se presentará, en una primera aproximación, el estado general de la cuestión a fin de conocer de forma inicial la opinión de juristas que han realizado la labor de interpretar las consecuencias de la sentencia.

Posteriormente, se procederá a examinar detenidamente las diversas partes que conforman la sentencia, comenzando por los antecedentes de hecho, que permitirán obtener una idea de los motivos que llevaron al TSJM a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

A continuación, se realizará el estudio de las cuestiones formuladas por el Tribunal, profundizando sobre la idoneidad de las mismas y sobre su correcta dirección. Se continuará con la respuesta dada por el TJUE, de nuevo ahondado en las razones que el Tribunal aporta. La incorporación llevada a cabo por el TSJM de la resolución será el siguiente paso a abordar.

Le seguirá el examen de las posteriores sentencias elaboradas por distintos Tribunales a raíz de la sentencia del TJUE, finalizando con la repercusión que el caso ha tenido en el sistema laboral español e intentado dar respuesta a las preguntas inicialmente planteadas que genera el caso.

En definitiva, la metodología a emplear consistirá en un análisis crítico de la sentencia del TJUE, respaldado por artículos doctrinales, así como por las interpretaciones jurisprudenciales dadas a los términos que en la misma se recogen.

⁴ Ministerio de Empleo y Seguridad Social (2015), “Datos estadísticos generales. Diciembre de 2016” [base de datos en línea; disponible en: http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2016/diciembre.html; fecha de consulta 12 de febrero de 2017].

1.2 Estado de la cuestión

La sentencia ha adquirido la publicidad de la que goza por tratarse de una contestación elaborada por el TJUE ante una cuestión prejudicial en la que se pone en duda el sistema español actual de indemnizaciones de los contratos de interinidad por ir, en principio, en contra de lo que la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada promulga. A través de la misma se pretende “(...) *mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando la aplicación del principio de no discriminación, y su voluntad de establecer un marco para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo*”⁵.

De igual modo, su notoriedad también radica en la repercusión práctica de su resolución, pues conduce a equiparar, como apunta SEMPERE NAVARRO⁶, “(...) *las situaciones de cese de interino por reincorporación del titular y extinción de contrato fijo por causas objetivas*”.

En este sentido, en el apartado en el que se tratarán las cuestiones del TSJM y la respuesta del TJUE, se hará especial mención a las confusiones entre las causas objetivas de despido de los contratos indefinidos frente a las causas objetivas de los contratos temporales, concretamente en los de interinidad. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER⁷ señala al respecto que “(...) *no son situaciones comparables la del cese de un trabajador interino, en el que no hay supresión alguna de un puesto de trabajo ni una decisión extintiva del empleador, de la resultante de los llamados despidos objetivos, individuales o colectivos, por supresión de puestos de trabajo y reducción de personal, en los que la extinción se produce por una declaración de voluntad constitutiva extintiva*

⁵ Consejo de la Unión Europea. Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 28 de junio de 1999, núm. 175, p. 2 (BOE 10 de julio de 1999).

⁶ SEMPERE NAVARRO, A., “Texto y contexto de STJUE sobre indemnización en contratos de interinidad”, cit., p.1.

⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el régimen indemnizatorio extintivo de los trabajadores interinos”, *Diario LA LEY*, núm. 8850, 2016, p.5.

del empleador, que implica una «ruptura» del contrato de trabajo no su terminación o agotamiento”.

Por otro lado, el hecho de que el TJUE equipare la situación de un trabajador fijo con un empleado que se encuentra bajo un contrato de temporalidad que ha visto prolongado su duración, amparando su determinación en que la actora *“realizaba funciones análogas a la persona sustituida, y además contaba con la misma formación”*, ha causado un efecto movilizador entre los autores, como PRECIADO DOMÈNECH⁸ señala.

A raíz del fallo emitido por el TJUE -establece como una discriminación no justificada la falta de indemnización de los contratos de interinidad-, algunos juristas han vislumbrado atisbos de lo que podría ser la introducción del contrato único en el sistema laboral español, ya que a través de la misma se ha buscado compensar a una trabajadora que llevaba un largo periodo de tiempo bajo un contrato de interinidad indemnizándola como si tal contrato fuera fijo, equiparando con ello la indemnización de trabajadores fijos y temporales.

OLABARRÍA RODRÍGUEZ y LAHERA FROTEZA han formulado que *“[m]ás allá de la problemática jurídica y su incertidumbre, esta sentencia europea abona el terreno a la propuesta del contrato único. La equiparación de indemnizaciones entre fijos y temporales, como regla general (...), conduce inevitablemente a un contrato único. El factor diferencial entre fijos y temporales ha sido esencialmente el coste extintivo y estas indemnizaciones; su eliminación otorga valor a la idea del contrato único”*⁹.

En relación a la posible extensión de los efectos a los restantes contratos temporales, SORIANO SÁNCHEZ¹⁰ apuesta por la respuesta negativa. Considera que la interpretación de la sentencia se aleja de la posible universalización, e incluso de que pueda llegar a aplicarse a interinos que se encuentren en una situación similar.

⁸ PRECIADO DOMÈNECH, C. H., “Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016”, cit., p.1.

⁹ OLABARRÍA RODRÍGUEZ, S. Y LAHERA FORTEZA, J., “¿Equiparación entre indemnizaciones de trabajadores fijos y temporales?”, *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, núm. 116, 2016, pp. 64-66.

¹⁰ SORIANO SÁNCHEZ, D., “Las sentencias del TJUE y del TSJM no obligan a igualar la indemnización de fijos y temporales”, *LIBREMERCADE*, 7 de noviembre de 2016, [disponible en: <http://www.libremercado.com/2016-10-07/las-sentencias-del-tjue-y-del-tsjm-no-obligan-a-igualar-la-indemnizacion-de-fijos-y-temporales-1276583972/>; fecha de consulta 19 de marzo de 2017]

Por el contrario, DESDENTADO BONETE¹¹ justifica la extensión en dos vertientes, por un lado “(...) porque la respuesta del TJUE a la primera pregunta nos dice que la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que el concepto de condiciones de trabajo incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada. Y ésta es una asimilación que alcanza a todos los temporales”.

Por otro lado, el mismo autor considera que “(...) la fundamentación de la sentencia está referida a todos los contratos temporales y, con este alcance, podría considerarse como un acto aclarado a efectos de excluir la necesidad del planteamiento de nuevas cuestiones prejudiciales por otros órganos judiciales”.

A este respecto, se pondrá de manifiesto más adelante que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha presentado otra cuestión prejudicial encaminada a que se aclare la fijación de la indemnización, pues aún no se ha determinado si la misma ha de corresponder a 12 ó a 20 días por año.

En definitiva, los estudios, análisis, ensayos y artículo de opinión redactados en torno a esta sentencia son muy numerosos y variados, lo que va a permitir que el trabajo que aquí se desarrolla goce de gran riqueza y contraste.

¹¹ DESDENTADO BONETE, A., “¿Un miércoles de ceniza para la contratación temporal española?”, *Revista de Información Laboral*, núm. 10, 2016, pp. 21-32.

2. SUPUESTO DE HECHO

La exposición de los hechos se va a realizar de la mano de PRECIADO DOMÈNECH¹² con el fin de que sea fiel a lo que aconteció.

La señora De Diego Porras había suscrito y encadenado varios contratos de interinidad con el Ministerio de Defensa desde febrero de 2003, ostentando el cargo de secretaria de diversas subdirecciones. El último contrato suscrito, con fecha 17 de agosto de 2005, cumplía el fin de sustituir a la señora Mayoral Fernández que se hallaba realizando labores vinculadas a su condición sindical bajo una suspensión del contrato por excedencia.

La excedencia de la que la señora Mayoral gozaba fue revocada, por lo que solicitó la reincorporación a su puesto a partir del 1 de octubre de 2012. Con motivo de ello, el 13 de septiembre de ese mismo año se le citó a la señora De Diego Porras para formalizar la documentación relativa a la finalización de su contrato el día 30 del mismo mes y año.

La demanda interpuesta por la señora de Diego Porras el 19 de septiembre de 2012 impugnando la legalidad de su contrato y las condiciones de finalización del mismo fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid. Ante ello la demandante recurrió en suplicación al TSJM solicitando la improcedencia del despido, al entender que se trataba de una sucesión de contratos de duración determinada que habían de transformarse en contrato indefinido, aplicando, por analogía, la normativa y jurisprudencia europea de los trabajadores con contrato laboral en condiciones similares.

El TSJM observó que la contratación mediante contratos de interinidad de la señora De Diego Porras era acorde a la normativa vigente en España, así como que la extinción de su contrato estaba sujeta a razones objetivas. A raíz de estas cuestiones, el Tribunal decide presentar una cuestión prejudicial ante el TJUE con las con las preguntas que más adelante se presentarán.

¹² PRECIADO DOMÈNECH, C. H., “Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016”, cit., p.1.

2.1 Análisis del supuesto de hecho y de las pretensiones de la demandante

Si bien podría parecer que examinar los hechos carece de sentido, en este caso no es así. En los mismos se esconden una serie de elementos que van a resultar claves para el análisis posterior, por ello en este apartado se va a proceder a su individualización, centrándonos en algunos de ellos: el encadenamiento de contratos, la duración de la interinidad y, finalmente, el *petitum* de la demanda.

Lo primero en lo que hay que adentrarse es en la consecución de varios contratos de interinidad a los que la actora estaba sujeta. Dicha concatenación, ¿puede transformar la relación en un contrato indefinido? Para responder a la pregunta en primer lugar se ha de acudir al artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores¹³ (ET) que establece que “*se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*”. Por tanto, se debe determinar si los contratos de la señora De Diego Porras se encontraban en fraude de ley.

En los hechos probados de la sentencia del TSJM de fecha 5 de octubre de 2016¹⁴ se recoge que el último puesto ocupado por la actora en el momento de la extinción (30 de octubre de 2012) era el de Oficial de Actividades Técnicas y Profesionales. Empero, inicialmente estuvo destinada en el Registro del Órgano de Dirección, pasando a ser secretaria particular del Subdirector General de Planificación y Programas en septiembre de 2007. Por tanto, el hecho de haber ostentado diferentes puestos se traduce en que ya no esté sujeta a un contrato de interinidad por sustitución en el momento de la extinción. Entonces, ¿se puede entender que ha habido fraude de ley?

Como se expone en “El contrato temporal en fraude de ley”, artículo publicado en el blog jurídico LABORO¹⁵, “*para que la causa de temporalidad sea correcta tiene que reunir todas las siguientes características: identificada y concreta, cierta, válida y exclusiva*”. Es precisamente la exclusividad la que se ve afectada en este caso, pues el

¹³ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24 de octubre de 2015).

¹⁴ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª). Sentencia núm. 613/2016 de 5 de octubre de 2016 (Rec. 246/2014).

¹⁵ LABORO,, “El contrato temporal en fraude de ley”, 2 de agosto de 2016, [disponible en: <http://laboro-spain.blogspot.com.es/2009/09/los-contratos-temporales-en-fraude-de.html>; fecha de consulta 20 de marzo de 2017].

empleado sustituto tiene que dedicarse sólo a la actividad para la que ha sido contratado, lo contrario de lo que ocurre aquí. Así, todo hace denotar que se encuentra en fraude de ley que conlleva, según el artículo *ut supra* mencionado, que el contrato se presuma indefinido.

Precisamente, en su demanda la actora solicitaba la improcedencia del despido por tratarse de un contrato indefinido. Esto es, al tratarse de un contrato indefinido, no se pueden aplicar las causas de extinción de un contrato temporal de interinidad, lo que supone que el despido sea efectivamente improcedente. Asimismo, la indemnización que le correspondería, conforme al artículo 56.1 ET “[c]uando el despido sea declarado **improcedente**, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá **optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio (...)**” será de treinta y tres días por año, lo que difiere de la solución dada a la extinción de un contrato de interinidad por causas objetivas, ya que en tal caso el trabajador no tendría derecho a indemnización, como indica el artículo 49.1 c) ET¹⁶.

Sin embargo, como se verá con posterioridad en el capítulo dedicado al análisis de la sentencia del TSJM, el Tribunal no considera que la contratación haya sido fraudulenta, pues aduce que los diferentes puestos ocupados se encontraban dentro de la misma categoría profesional que ostentaba la sustituida.

El segundo elemento a examinar se concreta en la duración de la situación de interinidad de la actora. Como se indica, inició su relación laboral con el Ministerio de Defensa en 2003 y la extinción que aquí se plantea tuvo lugar en 2012. La cuestión que suscita tal periodo de tiempo es si su extensión tan prolongada permite la conversión del contrato de interinidad en uno indefinido. El Real Decreto 2720/1998¹⁷ recoge en su artículo 4.2 b) que la duración del contrato de interinidad se prolongará lo que dure la ausencia del trabajador sustituida que goza de reserva del puesto de trabajo. Por tanto, el

¹⁶ Artículo 49.1 c) ET: “Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, **excepto en los casos del contrato de interinidad** y de los contratos formativos, el trabajador **tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio**, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. (...)”.

¹⁷ Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (BOE 8 de enero de 1999).

hecho de que un trabajador se encuentre bajo este tipo de contrato durante un tiempo dilatado no es razón para que dicho contrato se convierta en indefinido, salvo que se encuentre en fraude de ley, en atención a lo anteriormente comentado. En este mismo sentido se pronuncia el TSJM como se observará.

Finalmente, un elemento importante que parece pasar desapercibido a los autores es el *petitum* de la autora. Citando literalmente el antecedente de hecho octavo de la sentencia del TSJM “*ha de entenderse de aplicación a los trabajadores sujetos a una relación de trabajo con una administración pública las mismas normas que permitirían a un trabajador sujeto a una relación laboral convertir una sucesión de contratos de duración determinada en contrato indefinido, lo que por analogía debe aplicarse a la actora en el presente procedimiento, y concluye que **la relación es de carácter indefinida, solicitando se declare la improcedencia del despido***” (énfasis añadido).

Se solicita, por tanto, la declaración de relación indefinida y la improcedencia del despido, mas, esa solicitud ¿realmente entraña una petición de atribución de una indemnización por extinción a los contratos de interinidad?

Acorde a lo examinado hasta el momento, la actora únicamente busca que su relación sea considerada indefinida con el fin de percibir una indemnización de treinta y tres días por año, pero en ningún momento plantea que su contrato de interinidad, cuya naturaleza rechaza, deba ser indemnizado con doce o veinte días. Entonces, ¿tiene justificación la elevación de las cuestiones prejudiciales que el TSJM plantea? Desde el punto de vista estrictamente procesal, todo indica que el Tribunal debería haberse limitado a dilucidar el carácter indefinido del contrato y la posible improcedencia del despido, concluyendo que la legalidad de la contratación y de la extinción y, en aplicación de la normativa vigente, no le correspondería indemnización a la actora. Empero, es precisamente esa conclusión elaborada ley en mano la que empuja al Tribunal a buscar una solución, a su parecer, más justa. Consecuentemente, el trasfondo de las cuestiones prejudiciales radica en escudriñar la legislación comunitaria para hallar un motivo que justifique que la extinción de un contrato de interinidad deba recibir indemnización, así como contar con el apoyo de TJUE para elaborar una resolución que en principio va en contra de la norma nacional.

Es entonces cuando cobra sentido indagar la naturaleza de las indemnizaciones extintivas en general y las relativas al contrato de interinidad en particular. GÓMEZ ABELLEIRA¹⁸ señala que las diferencias existentes tienen su fundamento en objetivos de política social, pudiendo ser éstos “*la inserción laboral de colectivos con especiales dificultades en el mercado de trabajo (jóvenes, maduros, parados de larga duración, excluidos sociales, discapacitados, etc.) o la mejora formativa de determinados colectivos (jóvenes o recién titulados, a través de contratos formativos, por ejemplo)*”.

Continúa el autor comentando que los contratos de interinidad igualmente persiguen esos objetivos, pues mediante la disminución de costes originada por este contrato, se persigue fomentar y facilitar “*la sustitución de quienes, normalmente por causas ligadas a la maternidad, y muy mayoritariamente «ellas» sobre «ellos» en la práctica, disfrutan diversos permisos o reducciones de jornada*”. De hecho, de no realizarse dicha reducción, se produciría una “presión” a la hora de disfrutar de los permisos de conciliación recogidos en la Ley.

No obstante, antes de incidir en este razonamiento, conviene revisar la sentencia del TJUE, ya que en ella se encuentran aspectos que han de ser tratados en profundidad y que requieren de una visión global de la contestación del Tribunal.

¹⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “La crisis del modelo español de contratación temporal tras la sentencia europea «De Diego»”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 23, 2016, pp. 128-139.

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TJUE

En el presente capítulo se llevará a cabo la labor de estudiar tanto las cuestiones formuladas al TJUE por parte del TSJM como la respuesta de aquél, penetrando en la redacción y justificación de las mismas, con el fin de extraer una conclusión clara que permita dar solución, o al menos aventurarla, a los interrogantes propuestos al inicio del trabajo.

3.1 Cuestiones prejudiciales y conclusión del TJUE

El TSJM expresa sus dudas al TJUE con respecto a la exclusión de indemnización en los contratos de interinidad en atención a lo dispuesto en el artículo 49.1 c) ET, que recoge una indemnización para la extinción de los restantes contratos temporales de doce días. Lo anterior se pondrá en relación con la cláusula 4 del Acuerdo Marco europeo sobre el contrato de duración determinada¹⁹ que dispone que “(...) ***no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas***” (énfasis añadido).

Ahora bien, es necesario precisar la concepción de “trabajador con contrato de duración determinada” a los efectos del Acuerdo con el objetivo de comprender lo que posteriormente contestará en Tribunal. Así, la cláusula 3 del citado Acuerdo establece que tal término hace referencia a “***el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado***” (énfasis añadido).

Las cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE van a ser examinadas tanto su formulación como su contestación, utilizando para ello argumentos de diferentes autores como propios. Con ello, las mismas son:

¹⁹ Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, cit., p. 3.

1) ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo [marco]?

Lo primero que se pregunta el Tribunal es la extensión del concepto “condiciones de trabajo”, esto es, si en la misma se entiende incluida la indemnización que el empleador ha de entregarle al trabajador con motivo de la finalización de su contrato. Pero, ¿cuál es el motivo que origina esa pregunta? ¿Acaso tal concepto posee un alcance que difiere en el Ordenamiento Jurídico español?

Responde el Tribunal de forma afirmativa, basando su réplica en una interpretación extensiva del concepto, pues señala el TJUE que “*la cláusula 4 de éste debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva*”. Asimismo, tanto SEMPERE NAVARRO²⁰ como PRECIADO DOMÈNECH²¹ hacen referencia al criterio que el propio Tribunal ha establecido en anteriores sentencias para conocer si una medida se encuadra dentro del concepto, siendo éste el criterio del empleo: “*en razón de la relación de trabajo que lo vincula a su antiguo empresario*”²². Por ello, se han de entender comprendidos igualmente en “condiciones de trabajo” los trienios²³, el plazo de preaviso de terminación de los contratos de duración determinada²⁴ o las pensiones relativas a la relación de trabajo²⁵. De esta forma, si se excluyese la indemnización de los trabajadores con contratos de duración determinada, concluye el Tribunal que se estaría reduciendo el ámbito de protección de estos trabajadores y produciéndose una discriminación, atentando con ello a la finalidad del Acuerdo.

En relación a esta disposición, poco cabe comentar, más que la indemnización por extinción de contrato se encuentra recogida en “condiciones de trabajo” y

²⁰ SEMPERE NAVARRO, A., “Texto y contexto de STJUE sobre indemnización en contratos de interinidad”, cit., p.1.

²¹ PRECIADO DOMÈNECH, C. H “Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016”, cit., p.1.

²² STJUE²² de 23 de octubre de 2003, *Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main*, asunto (C-4/02), apartado 56 y *Silvia Becker contra Land Hessen*, asunto (C-5/02) (ECLI:EU:C:2003:583).

²³ STJUE de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, asunto C-307/05, (EU:C:2007:509), apartado 47.

²⁴ STJUE de 13 de marzo de 2014, *Nierodzik*, asunto C-38/13, (EU:C:2014:152), apartados 27 y 29.

²⁵ STJUE de 15 de abril de 2008, *Caso Impact*, asunto C-268/06 (TJCE 2008\82).

consecuentemente sí entra en juego el Acuerdo a la hora de contemplar la posible discriminación.

Las restantes preguntas son:

2) Si se entiende dicha indemnización incluida en las condiciones de trabajo, ¿los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas?

3) Si el trabajador tiene derecho a percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador indefinido al producirse la extinción por causas objetivas ¿ha de entenderse que el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha traspuesto adecuadamente la Directiva 1999/70 [...] o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil?

4) No existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato temporal ¿es discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?

Las mismas son resueltas por el TJUE de forma conjunta, empero, conviene detenerse en la segunda pregunta. En la misma se cuestiona la equiparación de la indemnización por conclusión de un contrato temporal, siendo caracterizados por el TSJM como contratos con “condiciones objetivas”, y un contrato indefinido que se extingue por causas objetivas.

Tal equiparación no es posible, las causas objetivas que determinan tal suspensión y extinción de un contrato indefinido se encuentran recogidas en el artículo 47 ET (causas

económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor) y el artículo 52 ET (ineptitud del trabajador, falta de adaptación, falta de asistencia al trabajo, etc.) respectivamente. En cambio, las causas objetivas de extinción de los contratos temporales se encuentran en el artículo 8 del Real Decreto 2720/1998 ya mencionado, y el artículo 49.1 c) ET, que adolecen a la realización de la obra o servicio en los contratos de obra o servicio, expiración del tiempo convenido en los contratos de relevo, o reincorporación del trabajador sustituido, extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto, el transcurso del plazo en los procesos de selección o promoción para la provisión definitiva de puestos de trabajo en los contratos de interinidad. Es decir, se trata de un término cierto. El trabajador conoce que su contrato va a finalizar antes o después, en función del momento en que la condición propia de la naturaleza del contrato tenga lugar.

En palabras de DESDENTADO BONETE²⁶ “[s]e trata (...) de dos extinciones distintas: una exclusiva y específica para los temporales (el vencimiento del término) y otra común para temporales y fijos (las causas objetivas «legales»)”. Distingue así el autor que las “legales”, que se corresponden con las expuestas en los artículos 47 y 52 ET, serían de aplicación en un trabajador temporal si las mismas se diesen con la indemnización correspondiente de los veinte días. Por ejemplo, si la actora del presente caso se hubiera ausentado de su puesto de trabajo más de treinta veces de forma injustificada en los últimos dos meses, su contrato podría ser extinguido en aplicación del artículo 52 d) ET²⁷, a pesar de encontrarse bajo un contrato de interinidad.

Por otro lado, en la Directiva 1998/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos²⁸ sí se incluyen los despidos por causas objetivas; no así lo

²⁶ DESDENTADO BONETE, A., “¿Un miércoles de ceniza para la contratación temporal española?”, cit., p. 5.

²⁷ Artículo 52 d) ET: “El contrato podrá extinguirse (...) [p]or faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. (...)”.

²⁸ Consejo de la Unión Europea. Directiva 1998/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 20 de julio de 1998, núm. 225, pp. 16-21 (BOE 12 de agosto de 1998).

denominado como “condiciones objetivas” de los contratos temporales. A este respecto, subraya GÓMEZ ABELLEIRA²⁹ que el TJUE afirmó en una sentencia³⁰ “*que los contratos de duración determinada «no se extinguen a iniciativa del empresario, sino en virtud de las cláusulas que contienen o de la normativa aplicable, cuando llegan a término o cuando se realiza la tarea para la que fueron celebrados»*”.

Asimismo, el autor sostiene que “*la extinción de un contrato temporal es extinción por voluntad conjunta de ambas partes, un mutuo acuerdo extintivo que se produce «en frío, anticipando en el momento de celebración del contrato la futura extinción contractual, a la llegada de una fecha [o] cumplimiento de un término»*. Dicho de otro modo, se trata de una extinción que se produce por la «*voluntad concurrente de empresario y trabajador (...) para fijar, al nacimiento del contrato, el término final del mismo»*”.

Todo lo tratado hace sospechar que la redacción utilizada por el TSJM a la hora de elaborar la redacción de la pregunta origina confusión en el TJUE, ya que la contestación dada por éste al respecto no acaba de dar una respuesta adecuada. En este sentido, el TJUE entra a valorar la comparabilidad de la indemnización dada a trabajadores sujetos a un contrato de interinidad y aquéllos considerados fijos que resulten comparables. Determina el Tribunal en el apartado 34 de la sentencia que “[e]n relación con la cláusula 4 del Acuerdo marco, debe recordarse que su apartado 1 establece una prohibición, en lo que respecta a las condiciones de trabajo, de tratar a los trabajadores con contrato de duración determinada de manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, **a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas**” (énfasis añadido).

De ello se extrae que no se puede tratar de manera diferente situaciones comparables.

Precisamente el legislador español cumple con ese principio. Como menciona GONZÁLEZ GONZÁLEZ³¹: “**Todo contrato en vigor -sea temporal, incluido el de interinidad, o indefinido-** cuando concurren las casusas del art. 51 y 52 del ET pueden

²⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “La crisis del modelo español de contratación temporal tras la sentencia europea «De Diego»”, cit., p. 10.

³⁰ STJUE de 13 de mayo de 2015, *Caso Rabal Cañas*, asunto C-392/13 (TJCE 2015\24), apartado 63.

³¹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Indemnización a abonar en la extinción de los contratos de interinidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2016, pp. 159-176.

extinguirse por iniciativa del empresario y en todos los casos -también para los contratos temporales- la indemnización es la misma, a saber, veinte días por año trabajado. Es decir, que en estos casos ante la misma situación jurídica el legislador ha establecido un mismo trato para todos los trabajadores, al margen de la naturaleza temporal o indefinida del vínculo laboral”.

Por todo lo anterior, la declaración final 2) de la sentencia que recoge que la cláusula 4 del Acuerdo se opondría a la normativa nacional, ya que la situación de interinidad no es “razón objetiva” para justificar la falta de indemnización de la finalización de estos contratos, no puede ser tomada en consideración por el TSJM en su resolución final, pues ha sido elaborada bajo un error conceptual que impide su incorporación.

4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TSJM

Una vez que se ha examinada la sentencia del TJUE procede estudiar la incorporación de la misma a la sentencia dictada por el TSJM para dar solución al recurso planteado por la actora.

Hemos de traer a colación de nuevo los elementos del supuesto de hecho, analizados ya en páginas anteriores (*vid.* pp.7-10). Como se veía, la actora solicitaba el reconocimiento de una relación laboral bajo un contrato indefinido y la improcedencia del despido (que como se trató daría lugar a una indemnización de treinta y tres días por año trabajado).

El Tribunal primero resuelve la petición de contrato indefinido, dando una respuesta negativa a la actora, pues considera que “[e]n efecto, el artículo 15-1-c del ET en relación con el art. 4-2-b) del RD 2720/1998 (LA LEY 62/1999) (...), **no establecía la conversión del mismo en indefinido por la superación de los teóricos plazos de duración del mismo, por cuanto disponía que el contrato subsistía mientras durase la ausencia del trabajador sustituido, mientras no se reincorporase, razón por la que, al no existir limitación legal o reglamentaria respecto a la duración del contrato de interinidad, hay que entender que el contrato subsiste mientras el sustituido conserva el derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo, razón por la que los límites que el art. 59-4 del RD 1638/1995 (LA LEY 3695/1995) supuestamente establecía no afectan a lo dicho, máxime cuando allí no se dispone ni que la superación de los mismos conlleve la pérdida del derecho a reserva del puesto de trabajo, ni la conversión en indefinido del contrato de interinidad (...)**” (énfasis añadido).

En relación a la improcedencia del despido y la posible indemnización, el Tribunal introduce solución de la sentencia del TJUE. Así considera que la causa extintiva que se ha aplicado no tendría cabida si no se tratara de un contrato temporal, correspondiéndole una indemnización de veinte días por año. Citando a la sentencia del TJUE, concluye que “(...) **no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva**” (énfasis

añadido). Culmina declarando la procedencia del despido y otorgando una indemnización de veinte días por año.

Lo primero que llama la atención es que el Tribunal convenga que el motivo para aplicarle la indemnización de veinte días sea porque de no ser temporal se le aplicaría. Ese motivo es completamente chocante. En la legislación española, concretamente en el Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 2720/1998, se recoge expresamente que los contratos de interinidad no tienen derecho a indemnización cuando su extinción se debe a las “condiciones objetivas” de su naturaleza. Siendo así, y habiéndose aplicado tal precepto desde su instauración, ¿cuál es el fundamento para que el TSJM decida aplicar lo que él considera “más justo”? Claramente las sentencia del TJUE. Mas, ya se ha observado que el fallo de la misma se está cimentado en una confusión inicial, algo que el TSJM tendría que ser capaz de reconocer, y por consiguiente no aplicar. Por ello, no se entiende que el Tribunal utilice este razonamiento para decretar los veinte días como indemnización, máxime cuando el propio TJUE contempla la posibilidad de “*que se justifique un trato diferente por razones objetivas*”.

Respecto a negación de conversión del contrato en indefinido, ya se ha mencionado con anterioridad que el hecho de ocupar diversos puestos que llevan aparejados distintas funciones parece indicar una actuación fraudulenta de la administración, pues la exclusividad del sustituto no se recrea y, por ende, el contrato de interinidad desaparece para dar lugar a un contrato indefinido. Con ello, la declaración de indefinido que aquí se reclama en oposición a la opinión del Tribunal, además de ser más consecuente con los hechos probados, daría lugar a un despido improcedente que culminaría con una indemnización de treinta y tres días por año en virtud del artículo 56.1 ET. Esta solución dejaría al margen el cuestionable fallo del TJUE y evitaría la justificación artificiosa del TSJM.

5. ANÁLISIS DE SENTENCIAS POSTERIORES

Ya se ha mencionado anteriormente la repercusión que la sentencia del TJUE ha producido en la doctrina jurídico-laboral, se hace por tanto necesario observar su repercusión en la doctrina judicial con el fin de marcar el camino que más adelante nos permitirá dar respuesta a las preguntas que se planteaban en la introducción.

Las sentencias que en este capítulo se van a presentar proceden de diversos Tribunales y, si bien en general suelen compartir el fallo de la sentencia del TSJM, existen algunas con elementos de distanciamiento, de ahí que pueda ser enriquecedor su análisis.

5.1 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2016³²

5.1.1 *Supuesto de hecho*

El supuesto aquí planteado versa sobre un trabajador que se encuentra bajo un contrato de interinidad en “Patronat del Casal Municipal de Cunit”, bajo la tutela del Ayuntamiento de Cunit, ocupando una plaza hasta que ésta se cubra desde julio de 2008. En enero de 2013 se aprueban las bases que han de regir en el concurso-oposición para la selección de cinco plazas, sin que el trabajador se presentara. El 3 de junio de ese mismo año se le comunica al trabajador la finalización del contrato de interinidad por ocupación de su plaza con efectos desde el 19 de junio de 2013.

El trabajador demanda a la entidad que es condenada a abonar una indemnización al demandante, procediendo después a interponer un recurso de suplicación que es desestimado y posteriormente un recurso de casación para la unificación de doctrina que el Tribunal Supremo (en adelante TS) resuelve en esta sentencia.

La pretensión se basa en una sentencia anterior de idénticos hechos que concluye con un pronunciamiento de una extinción de contrato temporal que no da lugar a indemnización. Se plantea con ello la vulneración del artículo 49.1 b), en relación con su apartado c) y con la Disposición Transitoria 13ª ET, entendiéndose que “*la indemnización prevista en la letra c) para la finalización de los contratos temporales para obra o servicio determinado o por circunstancias de la producción no es extensible*”

³² Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 5087/2016 de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS: 2016:5087).

a otros supuestos, como es el caso de la cobertura de la plaza en los casos de los trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas” (énfasis añadido).

Se observa así un supuesto similar al contemplado en el caso De Diego Porras, con la diferencia que en este asunto el puesto ocupado se corresponde con una plaza pendiente de ocupación tras la celebración de un concurso-oposición.

5.1.2 Fundamentos de Derecho y Fallo

En primer lugar, la Sala no considera oportuno traer a colación la sentencia del TJUE del caso De Diego Porras por ser la institución la que recurre en este caso y no versar la cuestión sobre la cuantía de la indemnización.

Citando sentencias anteriores del mismo Tribunal, la Sala recoge que *“el sistema legal de amortización de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas debía sujetarse a lo dispuesto en los arts. 51 y 52 ET, de manera que **no resultaba ajustado a derecho proceder a la simple y automática amortización de los puestos de trabajo sin indemnización** y sin acudir a las referidas vías legales establecidas para la extinción de los contratos de trabajo por esa causa”* (énfasis añadido), concluyendo posteriormente que el artículo 49.1 c) ET es de aplicación para trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública que *“son cesados por ocupación reglamentaria de la vacante”* siendo ello acorde a la jurisprudencia del TJUE.

Asimismo, determina que el Acuerdo marco³³ ya mencionado contiene una disposición para sancionar los abusos de la contratación temporal, pudiendo consistir la sanción en una indemnización, como la establecida en el artículo 49.1 c) ET, y que por ello no cabe justificación en la falta de imposición de una indemnización para los contratos en el sector público, siendo motivo para desestimar el recurso y reconocer la indemnización que en primera instancia se acordó.

Se observa de este modo en la presente sentencia que la resolución aportada en De Diego Porras -dejando a un lado el error en ella contenido- no parece ser extensible a todos los contratos temporales suscritos por la Administración Pública. De hecho, una de las cuestiones que la doctrina se plantea desde la sentencia del TJUE es la cuantía de la indemnización que correspondería a esos trabajadores temporales que ven finalizado su

³³ Directiva 1999/70/CE, cit., p.3.

contrato por las “condiciones objetivas”. Si bien el TSJM decreta que sea de veinte días, lo que en esta sentencia se observa es que sería de doce para los trabajadores temporales no fijos, siendo ello conforme a la normativa y a la jurisprudencia europea.

Como se comenta al principio, el Tribunal Supremo no aplica la doctrina De Diego Porras por ser la empleadora la recurrente, por ello, afín a lo que RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO apunta³⁴ “¿aplicaría De Diego Porras si el recurrente fuera el trabajador? (...) ¿Se da por buena la fijación de la cuantía de la indemnización en 20 días por año que ha hecho el TSJ de Madrid?” No se puede llevar a cabo una labor especulativa, ya que el propio Tribunal decide no emitir juicio al respecto, mas merece la pena plantear la cuestión para dar una posible respuesta en el futuro.

En relación a la trascendencia de la doctrina, el autor expresa que el fallo de esta sentencia no acaba de rematar la controversia generada a raíz del pronunciamiento del TJUE ya que no acaba de “*inclinarse por una u otra interpretación*”, sin embargo, resalta que el proceder del Tribunal apunta a la incorporación de una nueva modalidad contractual relativa a los trabajadores indefinidos no fijos.

De darse la consolidación de esta modalidad, y en virtud de lo recogido en dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias del 2 y 8 de noviembre de 2016 donde se aplicó De Diego Porras para los indefinidos no fijos, cabe extraerse que “*rigen las mismas reglas que para la terminación de los contratos temporales: la equiparación con el despido objetivo procedente y su indemnización de 20 días de salario por año de servicios*”.

5.2 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de noviembre de 2016³⁵

5.2.1 Supuesto de hecho

El señor D. Teodoro ha prestado servicios para la empresa DELTA SEGURIDAD, S.A desde febrero de 2015 bajo diferentes contratos de interinidad en sustitución de un trabajador con derecho de reserva de puesto de trabajo. Su último contrato tenía por objeto

³⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Preparando un nuevo cambio en la regulación de los indefinidos no fijos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF., núm. 407, 2017, pp. 215-220.

³⁵ Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 2279/2016 de 15 noviembre (AS\2016\1686).

la sustitución de otro trabajador a partir del día 30 de noviembre de 2015, siendo en diciembre cuando tiene lugar el acto de conciliación que finaliza calificándose “sin efecto”.

El despido con fecha 29 de noviembre de 2015 es declarado procedente, que dio lugar al recurso de suplicación que esta sentencia resuelve.

Al igual que en el caso De Diego Porras, el demandante se encuentra bajo varios contratos de interinidad que llegan a su fin y que no dan lugar a una indemnización. Por ello solicita *“que la extinción impugnada se acompañe de los pronunciamientos legales inherentes y ‘con abono, en todo caso, de las cantidades dejadas de percibir’”*.

5.2.2 Fundamentos de Derecho y Fallo

Si bien son tratados diversos asuntos en la sentencia en función de impugnaciones realizadas por la parte contraria, en esta ocasión el análisis se centrará en las cuestiones que son de relevancia para el caso que nos ocupa.

Comienza el Tribunal haciendo mención de la sentencia De Diego Porras, concretamente a la respuesta del TJUE en su declaración *“que la normativa española enjuiciada (arts.49.1c , 53.1b) y 15.1 ET (RCL 2015, 1654)) es contraria a la cláusula 4ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, derivado de la Directiva 1999/70/CE (LCEur 1999, 1692) , porque deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad , mientras que concede a los trabajadores fijos comparables una indemnización de 20 días por año, debemos completar la válida extinción del contrato del actor recogida en los fundamentos anteriores con el abono de dicha indemnización”*.

Considera el Tribunal que es de aplicación al caso y que por ello no se altera el principio de congruencia. En este sentido, entra a valorar la aplicabilidad directa horizontal de la cláusula 4 el Acuerdo marco en virtud del principio que en ella se contiene, a saber, el de no discriminación. Justifica así, mencionando jurisprudencia del TJUE, que *“corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables*

y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio”.

Entendiendo por tanto que la mencionada cláusula tiene aplicación tanto vertical como horizontal.

Finalmente, adentrándose en la comparabilidad de situaciones laborables entre el trabajador sujeto al contrato de interinidad y un trabajador fijo, el Tribunal estima semejante las condiciones y falla que *“sin que la extinción del contrato de interinidad conlleve el percibo de indemnización alguna (art. 49.1.c del ET (RCL 2015, 1654)), procede reconocer al demandante en virtud de lo dispuesto por el TJUE una indemnización equivalente a 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades (art. 53.1.b del ET)”.*

Resulta curioso que, reconociendo que el contrato de interinidad no lleva aparejada una indemnización en su extinción, decida reconocerle al trabajador una por aplicación de la sentencia de TJUE. Como ya se ha expuesto, el error que en aquélla se contenía debería ser apreciado por los Tribunales que posteriormente decidan aplicarla, pues así se subsanaría y no daría lugar a las resoluciones que como en esta sentencia se dictan.

Asimismo, en cuanto a la cuantía de la indemnización, sobre la que no se decía nada en la sentencia del TJUE, el Tribunal decide que sea de veinte días por año, aplicando para ello el artículo 53.1 b) ET que recoge la indemnización por extinción por causas objetivas, careciendo completamente de sentido, pues la extinción que aquí se produce es debida a las “condiciones objetivas” del contrato de interinidad. Se observa con ello que el Tribunal cae en la confusión que llevó al TJUE a promulgar un fallo inadecuado. No obstante, existe un voto particular que parece reconducir la cuestión.

5.2.3 Voto particular

El Magistrado D. Pablo Sesma de Luis discrepa sobre la aplicación de la sentencia del TJUE en el presente caso. Igualmente, realiza una apreciación de la misma sentencia, resultando esclarecedora para lo examinado en este trabajo y que por tanto va a ser objeto de mención.

En un inicio, el Magistrado aprecia dos circunstancias en la sentencia del TJUE, a saber, la falta de determinación de la cuantía de la indemnización que le correspondería al trabajador interino, y la equiparación del derecho de indemnización del interino con el contrato indefinido. Opina en virtud de ello que existe falta de claridad en el pronunciamiento, así como desconocimiento de la legislación española en materia de contratos, en principio propiciado por la confusa redacción de la cuestión prejudicial planteada por el TSJM.

En palabras del Magistrado: *“El término de comparación empleado es desafortunado, puesto que los contratos indefinidos, precisamente porque lo son, no se han de extinguir por voluntad del empresario, por lo que legalmente no existe prevista indemnización alguna. Cosa distinta es que la extinción de un contrato indefinido sea judicialmente declarada improcedente, en cuyo caso sí existe una indemnización tasada. Pero no es esta la situación a la que se refiere la sentencia del TJUE; sino que ésta reconoce el derecho a la indemnización automática”*.

Considerando el fallo del presente recurso, estima que la indemnización de veinte días por año que se le reconoce no es la adecuada para la indebida finalización de un contrato indefinido. Se cuestiona el motivo para elegir la cuantía correspondiente a la extinción por causas objetivas y no la de treinta y tres días o la de un mes de salario.

Por otro lado, descarta que exista una relación entre el contrato de interinidad y la extinción de un contrato por causas objetivas. Ello hace que la solución a la falta de indemnización del contrato de interinidad careza de fundamento legal, así *“[l]a extinción por causas objetivas persigue la viabilidad de la empresa y el mantenimiento de los restantes puestos de trabajo en situaciones de crisis económica o necesidad de adaptación a las nuevas exigencias del mercado; en tanto que el contrato de interinidad se extingue cuando finaliza el proceso de selección de cobertura del puesto o cuando se reincorpora al mismo el trabajador titular que tenía derecho a la reserva de su plaza”*.

Continúa haciendo un inciso en el origen de la solución propuesta de los veinte días, ya que, al ser reconocido el derecho por vía judicial, se impide el régimen transitorio del que goza la vía legal. A este respecto, puesto que en el momento de la contratación no existía indemnización para los contratos de interinidad, *“resulta legalmente inviable*

imponer a la empresa un gravamen económico sobrevenido, puesto que tal gravamen, para ser legal, ha de ser conocido por la empresa con anterioridad a concertar el contrato”.

Finaliza exponiendo que, si las partes no han hecho mención de la sentencia del TJUE, el Tribunal no la puede aplicar de oficio al vulnerar *“los principios procesales básicos de justicia rogada e igualdad de las partes litigantes, introduciendo un desequilibrio manifiestamente causante de indefensión para la demandada, debido a que ésta resulta condenada por causa no invocada por la contraparte y, por ello, sin oportunidad de efectuar alegaciones en su defensa”*.

En definitiva, el Magistrado viene a poner de manifiesto lo que los autores antes expuestos comentaban: la diferencia entre las causas objetivas de despido y las “condiciones objetivas” de extinción de un contrato de interinidad y el error cometido en la misma que impide que pueda ser de aplicación para posteriores casos.

La presente sentencia, y en especial el voto particular, *“demuestran la inexistencia de un pensamiento único o uniforme sobre la materia, así como un enriquecimiento del debate y las posturas doctrinales al uso”*, como bien afirma BENITO-BUTRÓN OCHOA³⁶. Principalmente destaca la ausencia de tutela de la contraparte al no haber tenido posibilidad de defenderse frente a la aplicación de la doctrina De Diego Porras.

No obstante, el autor no comparte la postura del Magistrado frente al efecto directo horizontal, esto es, que pueda ser aplicada la Directiva entre particulares, por entender que ello supondría dejar a un lado el principio de igualdad y provocaría, a su vez, a otra desigualdad o discriminación para las empresas. Por ello, aboga por una unificación de doctrina del Tribunal Supremo y una previsión legislativa en torno a la posible indemnización para los contratos de interinidad, pudiendo incluso plantearse la figura del contrato único.

³⁶ BENITO-BUTRÓN OCHOA, J. C., “Matices y reservas de la acelerada aplicación de la «Doctrina De Diego Porras»: Emergen los votos particulares en la Sala vasca de suplicación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF., núm. 407, 2017, pp. 209-214.

5.3 Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de noviembre de 2016³⁷

En el presente Auto se va observar la pretensión que el Tribunal de Galicia eleva respecto de un caso de contrato de relevo tras la respuesta del TJUE a unas cuestiones prejudiciales planteadas por el primero, siendo dichas cuestiones las que se deberían haber realizado en el caso De Diego Porras, a pesar de tratarse de contratos diferentes.

5.3.1 *Supuesto de hecho*

El trabajador se encontraba vinculado a la empresa demandada por un contrato de relevo desde el 1 de noviembre de 2012 destinado a sustituir a una trabajadora (su madre) que accedía a la jubilación parcial y a una reducción de jornada del 75%. En dicha empresa, la tendencia sugería que los contratos de relevo eran suscritos por parientes de los sustituidos y una vez la jubilación total de hacía efectiva, pasaban a convertirse en trabajadores indefinidos. No obstante, el 18 de septiembre de 2015 se le comunica al trabajador su cese por llegar a término la fecha fijada en el contrato, planteando la empresa la inexistencia de esa “costumbre”.

5.3.2 *Cuestiones prejudiciales*

A raíz de supuesto planteado y teniendo en consideración la sentencia De Diego Porras, el Tribunal plantea una serie de cuestiones con el fin de obtener una visión clara de su proceder, siendo las mismas las que siguen:

1) A efectos del principio de equivalencia ¿Son "situaciones comparables" la extinción de contrato por "circunstancias objetivas" ex art. 49.1 c) ET y la extinción derivada de "causas objetivas" ex art. 52 ET, y por tanto la diferencia indemnizatoria en uno y otro caso constituye una desigualdad de trato prohibida por la Directiva 1999/70?

La Sala considera que debe ser afirmativa la respuesta, ya que en este caso el trabajador relevista cubría el mismo puesto y realizaba las mismas funciones que la trabajadora sustituida.

³⁷ Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de los Social) Auto núm. 2279/2016 de 2 de noviembre de 2016 (ECLI: ES: TSJGAL: 2016:41A).

La controversia surge en la justificación de la diferencia de trato por “razones de política social”. Así, considera la Sala que *“el contrato de relevo tiene como finalidad tanto el mantenimiento del nivel de empleo durante la jubilación parcial anticipada del trabajador relevado, como del nivel de ingresos por cotizaciones del Sistema público de seguro, lo que cabe definir como un ‘objetivo legítimo de política social’”*.

Ello no quita que el empresario pueda decidir si el contrato de relevo es de carácter indefinido o de duración determinada, y por ello, *“la diferencia de trato surge en puridad de la elección empresarial, sin que parezca justificarse por aquel objetivo de política social”*.

2) ¿Debe entenderse que los objetivos de política social que legitiman la modalidad contractual de relevo, justifican también la diferencia de trato a la hora de indemnizar peyorativamente la extinción de la relación laboral, cuando el empresario optó porque tal contrato fuera de duración determinada?

Considera la Sala que, si la respuesta es negativa y al tratarse de una relación entre sujetos privados, con el fin de paliar el *“incumplimiento en la transposición de la Directiva, pudiera acudir al instrumento corrector de la «interpretación conforme»*; *sin embargo, dada la claridad del art.49.1 c) ET -como taxativa excepción al principio de equiparación establecido en el art.15. 6 ET -, tal solución no nos parece posible, sin forzar la exégesis de la norma, hasta el punto de ignorarla”*.

Es entonces cuando introduce jurisprudencia europea para subraya que, son los jueces nacionales que conocen del asunto en el que se discute sobre un principio, los que deben implicar la normativa interna si ella supone un ataque a la seguridad jurídica de las partes por vulnerar el principio europeo -de no discriminación, en este caso- que deben garantizar.

Continúa considerando que de la sentencia De Diego Porras *“parece entenderse que la prohibición de diferencia de trato entre trabajadores fijos y temporales dimana de los Principios de Igualdad y no discriminación de la Unión”*, y que por ello la Sala debería inaplicar el artículo 49.1 c) ET para cumplir el objetivo de la Directiva 1999/70, lo que da lugar a la pregunta final.

3) ¿Ha de interpretarse que la desigualdad de trato en la indemnización por extinción contractual entre trabajadores temporales y fijos constituye una

discriminación de las prohibidas en el art. 21 de la Carta, resultando contraria a los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión?

Las preguntas quedan pendientes de respuesta por el TJUE, empero, es palpable que la redacción de las mismas es construida con mayor claridad que las del TSJM. Así, la primera de las preguntas que aquí se presentan, diferencia notoriamente entre lo que se ha denominado “condiciones objetivas”, que en este Auto recibe el nombre de “circunstancias objetivas”, y que obedecen a lo recogido en el artículo 49.1 c) ET, esto es, a la finalización de la obra o del servicio o a la finalización del plazo convenido en el contrato, por ser éste de formación o de interinidad, y a las “causas objetivas” que aducen a circunstancias especiales del trabajador como la falta de adaptación, la ineptitud de éste, o su falta de asistencia, en definitiva, causas que pueden ser aplicadas a cualquier trabajador con independencia del contrato bajo el que se encuentre.

Tal redacción deja fuera de dudas lo que el Tribunal pretende conocer y permite, a su vez, que el TJUE dé una respuesta más adecuada a la circunstancia y que sí pueda ser aplicada o tenida en cuenta por los Tribunales españoles en casos posteriores. En este sentido MOLINA NAVARRETE³⁸ sostiene que en la primera pregunta *“trata de salir al paso de las dos principales críticas que se han formulado contra esta doctrina del TJUE y su exceso de «justicia oracular»”,* esto es, su ignorancia relativa a la igualdad de tratamiento en extinción de contrato por causa objetivas para los trabajadores temporales y los indefinidos en el Ordenamiento Jurídico español, así como *“la falta de rigor técnico jurídico” al confundir las “condiciones objetivas” y el despido por causas objetivas. Siendo así la sala del Tribunal de Galicia si le expone al TJUE la existencia de la igualdad de trato “en el momento de cualquier eventual ruptura anticipada”.*

En la segunda pregunta se introducen los objetivos de política social como legitimadores de la falta de indemnización. Se ha comentado precisamente, en el epígrafe 2.1, que el objetivo político social de los contratos de interinidad es facilitar la sustitución

³⁸ MOLINA NAVARRETE, C., “Contrato de relevo: ¿Nueva «frontera de conquista» para la «imperial» doctrina «De Diego Porras?»”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 407, 2017, pp. 229-241.

de determinados colectivos como las mujeres que disfrutan de permisos de maternidad. ¿Es suficiente para justificar la falta de indemnización de este tipo de contratos?

Desde el punto de vista de licencias de maternidad, enfermedad, cuidado de familiar en enfermo, etc., se logra, en cierta medida una protección, ya que, al facilitar la sustitución, los trabajadores que solicitan la licencia gozan de más “libertad” para disfrutarlos, pues saben que su trabajo va a ser realizado por otro. Empero, surge de nuevo la espina de la posible discriminación, desde la perspectiva de los trabajadores que se vinculan por los contratos de interinidad, al verse sin derecho a una indemnización al concluir su contrato. Nace con ello la pregunta obvia: ¿cómo solucionar la controversia? Tras el pronunciamiento del TJUE, expertos del Gobierno³⁹, sindicatos y patronal mantuvieron diversas reuniones con el fin de aclarar el conflicto generado, sin embargo, los resultados fueron infructuosos.

Una posible indemnización lleva aparejada que sean las empresas, que contratan para cubrir un puesto con el fin de mantener su productividad, las que deban abonar la misma, pudiendo ello provocar que los permisos se reduzcan y la contratación en este ámbito se vea afectada. La solución pasa entonces por las manos de la Administración Pública, siendo ella la que tendría que ocuparse de cubrir dichas indemnizaciones. No obstante, tal remedio tampoco resulta viable, especialmente atendiendo a la considerable extensión temporal que estos contratos suelen conllevar. De tal forma, la única opción sería una colaboración conjunta de Administración y empresas, quedando por resolver la cuantía a imponer, sin que tampoco resulte ser la solución más convincente.

Afín a lo expresado muestra su parecer MOLINA NAVARRETE⁴⁰ introduciendo una pregunta que anticipa una respuesta socialmente negativa: “¿aceptaría el empresario llevar a cabo jubilaciones parciales en la modalidad anticipada, que exigen relevo, obediente a razones de política social, de saber que la elección le obligaría a pagar una indemnización equivalente a un despido objetivo?”.

³⁹ PALACIOS, L., “Los expertos proponen para los interinos una indemnización mínima de 12 días: Coinciden en fija un plazo máximo de duración para este tipo de contratos”, *La Voz de Galicia*, 8 de febrero de 2017, [disponible en: http://www.lavozdegalicia.es/noticia/economia/2017/02/08/expertos-proponen-interinos-indemnizacion-minima-12-dias/0003_201702G8P33994.htm; fecha de consulta: 4 de abril de 2017].

⁴⁰ MOLINA NAVARRETE, C., “Contrato de relevo: ¿Nueva «frontera de conquista» para la «imperial» doctrina «De Diego Porras?»”, cit., p. 28.

La pregunta final reabre la polémica de la desigualdad de trato indemnizatorio entre los trabajadores fijos y temporales. Es en ese sentido que el TJUE entra a valorar la comparabilidad de las situaciones, fijando su criterio en factores tales como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales, concluyendo que, de desempeñarse las mismas funciones y cumpliendo con los demás factores, no existe motivo que dé lugar a la desigualdad alegada.

No obstante, el citado autor introduce en el juego la sentencia del TJUE de 1 de octubre de 2015, C-432/14⁴¹ donde se admite la diferencia de trato en materia indemnizatoria para los jóvenes estudiantes contratados en sus vacaciones, así como para *“otras categorías de trabajadores que se encuentran en situaciones análogas (...) en lo que a precariedad se refiere, a efectos del artículo L. 1243-8, párrafo primero, del Code du Travail...”*, llevando a sostener que si es admisible para Francia, lo sea también para España, contando con las diferencias existentes en ambos mercados laborales.

⁴¹ STJUE de 1 de octubre de 2015, *Caso O contra Bio Philippe Auguste SARL*, asunto C-432/14 (JUR 2015\234812), apartado 38.

6. INCÓGNITAS A ABORDAR TRAS LA SENTENCIA DEL CASO DE DIEGO PORRAS

Se adelantaron al comienzo del desarrollo del trabajo algunas de las preguntas que se originaban con motivo de la sentencia. En este capítulo se tratará de dar respuesta a ellas, recurriendo a autores destacados que exponen diversas posturas, e introduciendo, asimismo, nuevas cuestiones.

No obstante, se ha de partir de la idea ya planteada que aboga por la confusión del TJUE y el consiguiente error en su pronunciamiento.

6.1 ¿La solución aportada es extensible a los restantes contratos temporales?

PRECIADO DOMÈNECH⁴² argumenta que al verse incluidos en el artículo 49.1 c) ET los contratos formativos, *“que abarca el contrato en prácticas y el contrato para la formación (...), en principio, pueden verse afectados por la misma doctrina”*.

Distingue el autor entre el contrato en prácticas y el contrato para la formación. Así, en el primero se trata más de una cuestión de “justificación objetiva”, pues la “formación, funciones y tareas pueden ser idénticas” y ello conlleva que sea el demandado el que tenga que acreditar dicha justificación, siendo el actor el que demuestre la situación comparable. En el caso del segundo, *“la doctrina De Diego se aventura menos aplicable”* ya que *“la obtención de una cualificación como objeto del contrato, revela que puede fracasar el juicio de comparación con el trabajador fijo, que ya la tiene”*.

En los contratos de obra o servicio *“el análisis del caso concreto nos puede llevar a determinar que existen trabajadores fijos asignados a la misma obra o servicio, con idénticas funciones y exigencias formativas, en cuyo caso existiría un término válido de comparación y, en este caso, no habría justificación alguna de política social que se pueda esgrimir para abonar una indemnización de 12 en lugar de una de 20 días por año, por lo que en principio la Doctrina de Diego podría ser aplicable en tales supuestos”*. (sic)

⁴² PRECIADO DOMÈNECH, C. H., “Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016”, cit., p.1.

En este sentido también se pronuncia DE LA PUEBLA PINILLA⁴³ que sostiene que es igualmente extensible a los restantes contratos temporales con excepción de los contratos formativos, y propone el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial al respecto.

Por su parte, GONZÁLEZ GONZÁLEZ⁴⁴ aboga por la aplicación exclusiva a los contratos de interinidad, tanto los destinados a sustituir a un trabajador como los destinados a cubrir una vacante. Considera que ***“para que fuese aplicable la nueva doctrina a otros contratos de duración determinada es exigencia ineludible que se acredite la identidad en las funciones realizadas en relación con las desempeñadas por el trabajador indefinido comparable en los términos previstos en la cláusula 3 del Acuerdo marco”***.

Expresa que no es aplicable a los contratos formativos por ser expresamente excluidos por la cláusula 2 del Acuerdo marco y alude a la dificultad de encontrar un trabajador indefinido comparable debido a la finalidad perseguida por estos contratos, siendo *“muy posible que las tareas y la cualificación profesional sean distintas y que por ello no pueda realizarse juicio de comparación”*.

Asimismo, aconseja la opción de plantear una cuestión prejudicial destinada a resolver el ámbito de aplicación de la doctrina De Diego Porras, amparándose en la falta de pronunciamiento a este respecto y en la existencia de una “duda objetiva, clara y terminante” a fin de *“evitar a vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías”*, al igual que DE LA PUEBLA PINILLA.

Se observa de este modo dos posturas contrapuestas, cada una con sus argumentos. No obstante, la opinión de GONZÁLEZ GONZÁLEZ parece más acorde con lo sostenido durante la disertación del presente trabajo. A estos efectos, se considerará que no es extensible, no sólo por el hecho de la necesidad de acreditación de identidad de funciones, sino porque es palmario que se subsane el error de base que radica en la doctrina del TJUE para que se pueda evaluar acertadamente la posible repercusión.

⁴³ DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Incertidumbres en torno a la indemnización por finalización de los contratos temporales”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2016, pp. 19-32.

⁴⁴ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Indemnización a abonar en la extinción de los contratos de interinidad”, *cit.*, p.15.

6.2 ¿La doctrina es aplicable sólo en la Administración Pública o también en el sector privado?

La respuesta a esta pregunta radica en la posible eficacia directa horizontal de una Directiva que recoge un principio fundamental.

Habiendo determinado el Tribunal que la cláusula 4 del Acuerdo marco tiene eficacia directa vertical y horizontal, señala DESDENTADO BONETE⁴⁵ que sería por ello aplicable la doctrina a todos aquellos casos en los que fuera un ente público en sentido amplio el contratante. Sin embargo, no tendría cabida en las relaciones entre particulares. Se cuestiona el autor otras posibles vías de aplicación, introduciendo la “*interpretación conforme*”. Descarta dicha posibilidad por el “carácter inequívoco” del artículo 49.1 c) ET, mas propone la cuestión constitucional como alternativa, razonando “(…) *que este precepto ya ha sido declarado «discriminatorio» -al menos en el sentido de trato diferente no justificado por el TJUE-, con lo que sería contrario al art. 14 CE*”.

En el sentido contrario PRECIADO DOMÈNECH⁴⁶ defiende la aplicabilidad entre particulares precisamente aludiendo al principio fundamental de no discriminación e igualdad de trato de la cláusula 4 del Acuerdo marco.

Suponiendo una correcta doctrina al respecto, la no extensión a los restantes contratos que se suscriban fuera de la Administración supondría una discriminación, como apunta PRECIADO DOMÈNECH. No obstante, se ha de tener en cuenta la naturaleza de los contratos, pues en el caso de la Administración Pública, no todos los contratos de interinidad se sustentan bajo una relación laboral, pudiendo ser contratos de interinidad administrativos, que merecen una consideración aparte.

6.3 Indemnización para los contratos de interinidad

Resulta notoria el debate que ha trascendido en torno a la posible indemnización de los contratos de interinidad. Como se ha comentado (*vid.* p. 28), algunos expertos han debatido sobre el establecimiento de una cuantía al término cierto de este tipo de

⁴⁵ DESDENTADO BONETE, A., “¿Un miércoles de ceniza para la contratación temporal española?”, cit., p.5.

⁴⁶ PRECIADO DOMÈNECH, C. H., “Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016”, cit., p.1.

contratos, sin llegar a concretar si la misma ha de ser de veinte días por año, de doce, de treinta y tres o una nueva específica para ellos.

DESDENTADO BONETE recuerda que en el Ordenamiento Jurídico español existen tres ámbitos del régimen indemnizatorio: despido improcedente, extinciones “objetivas” y extinciones a las que no les corresponde indemnización o ésta es muy reducida.

El despido improcedente es el principal ámbito y le corresponde una indemnización de “33 días de salario por año de servicio y la garantía de una aplicación transitoria del multiplicador de 45 días”. Estas indemnizaciones cumplen una doble función, de un lado actúan “contra el ejercicio arbitrario del poder extintivo del empleador”, de otro pretenden “la reparación del daño producido por el despido”.

El segundo ámbito tiene atribuida una indemnización estándar de veinte días, a la que hay que añadir conceptos como “el preaviso, el plan de recolocación, la financiación del convenio especial y la aportación al Tesoro del art. 51.11 ET, aparte de los (...) costes de procedimiento”. En definitiva, se produce un encarecimiento de los despidos procedentes que en ocasiones superan a los despidos improcedentes. En palabras de GÓMEZ ABELLEIRA⁴⁷ “busca compensar al trabajador por esa pérdida sobrevenida e imprevista, a modo, en realidad, de protección de desempleo”.

Es en el tercer ámbito donde el objetivo que se persigue con la escasa o nula cuantía indemnizatoria es penalizador. Se busca la reducción de la temporalidad, a pesar de que no se haya logrado en la práctica. Esta realidad lleva al autor a reflexionar y proponer la igualación de las indemnizaciones por “finalización de los contratos de duración determinada”, a excepción de los formativos y los de relevo, con “la indemnización por despido objetivo”, es decir, que la cuantía fuera de veinte días. Se justifica aduciendo al posible incremento que de ello se derivaría en la contratación de duración determinada, suponiendo la disminución del abuso de los contratos de obra o servicio y eventual.

⁴⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “La crisis del modelo español de contratación temporal tras la sentencia europea «De Diego»”, cit., p. 10.

Acorde a ello PRECIADO DOMÈNECH⁴⁸ aboga por los veinte días de salario con un máximo de doce meses.

Proponiendo una solución diferente, OLABARRÍA RODRÍGUEZ y LAHERA FORTEZA⁴⁹ estiman que “[c]omo mínimo, sería exigible una reforma del art.49.1.c ET que incluya a los contratos de interinidad entre las indemnizaciones previstas de 12 días salario/año”, pudiendo hacerse extensible a los contratos formativos a raíz de otro pronunciamiento del TJUE.

En suma, se aprecia una inclinación hacia la implantación de una indemnización para los contratos con duración determinada que se extinguen por expiración del término convenido, en general, y una cuantía de veinte o doce días por año trabajado, en particular, sin que exista consenso al respecto. Por ello, se hace determinante que exista una declaración, a poder ser del Tribunal Supremo, que despeje las dudas y que sirva como aliciente al legislador para recoger la coyuntura que se le presenta.

6.4 ¿Contrato único?

Uno de los planteamientos que se ha puesto de manifiesto es la posibilidad de que esta doctrina abra la puerta del contrato único, amparada precisamente en la supuesta discriminación que los diferentes tipos de contratación genera, principalmente en la indemnización.

OLABARRÍA RODRÍGUEZ y LAHERA FROTEZA se refugian en la diferencia del coste extintivo entre fijos y temporales para apoyar la propuesta de este tipo de contratos. Consideran que tal proyecto implica un cambio general de todo el sistema indemnizatorio español, algo que sólo puede ser abordado por una Ley que cuente con un respaldo político unánime y no sólo con una implantación judicial y doctrinal.

Existen opiniones expresan que la indemnización única debería ser de veinte días por año trabajado y que ello se puede extraer de pronunciamientos judiciales, lo que a GONZÁLEZ GONZÁLEZ⁵⁰ le parece muy precipitado. Parece que, a su entender, se

⁴⁸ PRECIADO DOMÈNECH, C. H., “Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016”, cit., p.1.

⁴⁹ OLABARRÍA RODRÍGUEZ, S. Y LAHERA FORTEZA, J., “¿Equiparación entre indemnizaciones de trabajadores fijos y temporales?”, cit., p.4.

⁵⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Indemnización a abonar en la extinción de los contratos de interinidad”, cit., p.15.

olvida que existe una justificación detrás de cada tipo de contrato y de sus características, y cree necesario la intervención del legislador para aclararla. De hecho, reputa excesivo una misma indemnización “*para todos los contratos y sean cuales sean las causas de la finalización del contrato*”.

Dicho parecer es compartido por DESDENTADO BONETE⁵¹ ya que no se han valorado los elementos esenciales del contrato único: “*las indemnizaciones crecientes con salida y ritmo de progresión más moderado y la reducción del «gap» entre procedencia e improcedencia para rebajar los efectos de la causalidad*”.

Contrariamente VIDAL⁵² afirma que, el hecho de que la sentencia del TJUE y posteriormente la del TSJM determinen contraria la normativa nacional a la europea por la falta de indemnización de los contratos de interinidad que se extinguen por sus “condiciones objetivas”, “*puede representar la antesala de un contrato único que (...) unifique la actual dualidad de regímenes contractuales, acercando los temporales a los indefinidos, o viceversa*”.

¿Realmente se puede entender que es al contrato único a lo que conduce la sentencia, o es simplemente “la excusa perfecta” para modificar la legislación laboral actual? Aseverar que es la verdadera intención del TJUE resulta un tanto aventurado, especialmente si se tiene en cuenta que el Tribunal no llega a comprender la normativa española por no haberse expuesto con claridad la cuestión prejudicial. Las diversas modalidades de contratación obedecen a diferentes necesidades del mercado laboral nacional que se rige, en su mayoría por periodos estacionales que requieren de contratos temporales, y llegar a aunar todas ellas en un único contrato deja sin resolver las especialidades de cada situación.

Asimismo, implantar una única indemnización traería consigo que, trabajadores que se encuentren desempeñando puestos de trabajo durante largos periodos de tiempo (indefinidos) recibieran la misma indemnización que aquellos cuyo desempeño fuera más eventual, resultando en una equiparación indemnizatoria a la baja (la indemnización

⁵¹ DESDENTADO BONETE, A., “¿Un miércoles de ceniza para la contratación temporal española?”, cit., p.5.

⁵² VIDAL, P., “Réquiem por la contratación temporal o antesala del contrato único”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 923, 2016, pp. 12-12.

establecida para los indefinidos se reduciría hasta igualarla a la de los temporales) que perjudicaría a los primeros.

7. CONCLUSIÓN

A resultas de este trabajo se ha visto con claridad que lo acontecido en el caso De Diego Porras y la doctrina generada por el mismo aún suscitan numerosos interrogantes y son fuente de las más variadas opiniones y reacciones en la jurisprudencia venidera y en los juristas del momento.

La situación que dio lugar a tamaña controversia fue creación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que a raíz de la especial circunstancia de la señora de Diego Porras -se encontraba vinculada con el Ministerio de Defensa por un contrato de interinidad en régimen de sustitución de una trabajadora en excedencia- tuvo a bien plantear una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el fin de esclarecer si la extinción de un contrato de interinidad, que en nuestro sistema carece de indemnización cuando su extinción tiene lugar con motivo de la reincorporación de sustituido, tenía derecho a una indemnización y si era discriminatorio que así no fuera, en función de la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999.

El fallo del TJUE se vio comprometido, aun sin saberlo, por la redacción de las cuestiones y el posible desconocimiento del Derecho español, llevándole a confundir las causas objetivas de un despido con las “condiciones objetivas” de extinción de un contrato de duración determinada, que culminaron declarando discriminatoria la diferencia de trato y una vulneración de la mencionada directiva por parte de la normativa nacional. Tal pronunciamiento desembocó en que el TSJM declarara la procedencia del despido e impusiera una indemnización de veinte días por año trabajado a la actora.

A pesar del error conceptual contenido en dicha doctrina, ésta ha sido de aplicación en la sentencia del País Vasco, en contra de la opinión del Magistrado D. Pablo Sesma de Luis, imponiendo la indemnización de veinte días por considerar discriminatoria la ausencia de la misma en una situación comprable. En la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2016, si bien no se aplica la doctrina por ser la empleadora la que recurre, si se suscita el interrogante de lo que hubiera acontecido de ser el trabajador el recurrente, ya que, de ser así, el TS se hubiera pronunciado oficialmente sobre la controversia, aclarando de una vez su postura. Sin embargo, es posible que sea el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el que obtenga la respuesta definitiva del TJUE al respecto.

En cualquier caso, se hace evidente la necesidad de una postura oficial del Tribunal Supremo encaminada a evitar y culminar con las elucubraciones que actualmente existen, instando, si así fuera necesario, a una revisión legislativa de la indemnización extintiva de los contratos temporales.

Respecto a las preguntas y los procederes generados en virtud de la sentencia del TJUE, requieren igualmente de la declaración del TS para poder consolidarse y despejarse las dudas, no obstante, ya se ha aclarado que, a tenor de la postura mantenida en el desarrollo del trabajo, se opta por la no extensión de la doctrina a todos los contratos temporales por el error de base que requiere de una rectificación para que el alcance pueda ser valorado correctamente. Se aboga también por la aplicación a los contratos de interinidad celebrados entre particulares para evitar una fragmentación de trabajadores bajo el mismo tipo de contrato que los concertados con la Administración; así como por la imposibilidad del contrato único, debido a las concretas características del mercado laboral español; y por una indemnización pormenorizada para el término de los contratos temporales por razón de su naturaleza, sin llegar a equipararla con la prevista para los despidos procedentes.

En definitiva, por mucho que los juristas manifiesten su parecer al respecto, será el Tribunal Supremo el que tenga que desbloquear la situación de incertidumbre y propiciar una solución que, sin contravenir la regulación europea, tenga en cuenta las características de la contratación española.

8. BIBLIOGRAFÍA

Monografías y artículos científicos

BENITO-BUTRÓN OCHOA, J. C., “Matices y reservas de la acelerada aplicación de la «Doctrina De Diego Porras»: Emergen los votos particulares en la Sala vasca de suplicación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF., núm. 407, 2017, pp. 209-214.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Incertidumbres en torno a la indemnización por finalización de los contratos temporales”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2016, pp. 19-32.

DESDENTADO BONETE, A., “¿Un miércoles de ceniza para la contratación temporal española?”, *Revista de Información Laboral*, núm. 10, 2016, pp. 21-32.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “La crisis del modelo español de contratación temporal tras la sentencia europea «De Diego»”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 23, 2016, pp. 128-139

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Indemnización a abonar en la extinción de los contratos de interinidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2016, pp. 159-176.

LABORO,, “El contrato temporal en fraude de ley”, 2 de agosto de 2016, [disponible en: <http://laboro-spain.blogspot.com.es/2009/09/los-contratos-temporales-en-fraude-de.html>; fecha de consulta 20 de marzo de 2017].

MOLINA NAVARRETE, C., “Contrato de relevo: ¿Nueva «frontera de conquista» para la «imperial» doctrina «De Diego Porras»?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 407, 2017, pp. 229-241.

OLABARRÍA RODRÍGUEZ, S. Y LAHERA FORTEZA, J., “¿Equiparación entre indemnizaciones de trabajadores fijos y temporales?”, *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, núm. 116, 2016, pp. 64-66.

PALACIOS, L., “Los expertos proponen para los interinos una indemnización mínima de 12 días: Coinciden en fija un plazo máximo de duración para este tipo de contratos”, *La Voz de Galicia*, 8 de febrero de 2017, [disponible en: <http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/economia/2017/02/08/expertos-proponen->

interinos-indemnizacion-minima-12-dias/0003_201702G8P33994.htm; fecha de consulta: 4 de abril de 2017].

PRECIADO DOMÈNECH, C. H., “Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016”, *Revista de información laboral*, núm.8, 2016, pp. 37-55.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Preparando un nuevo cambio en la regulación de los indefinidos no fijos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF., núm. 407, 2017, pp. 215-220.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el régimen indemnizatorio extintivo de los trabajadores interinos”, *Diario LA LEY*, núm. 8850, 2016, p.5.

SEMPERE NAVARRO, A., “Texto y contexto de STJUE sobre indemnización en contratos de interinidad”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm.189, 2016, pp. 13-34.

SORIANO SÁNCHEZ, D., “Las sentencias del TJUE y del TSJM no obligan a igualar la indemnización de fijos y temporales”, *LIBREMERCADEO*, 7 de noviembre de 2016, [disponible en: <http://www.libremercado.com/2016-10-07/las-sentencias-del-tjue-y-del-tsjm-no-obligan-a-igualar-la-indemnizacion-de-fijos-y-temporales-1276583972/>; fecha de consulta 19 de marzo de 2017]

VIDAL, P., “Réquiem por la contratación temporal o antesala del contrato único”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 923, 2016, pp. 12-12.

Jurisprudencia

STJUE de 23 de octubre de 2003, *Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main*, asunto (C-4/02), apartado 56 y *Silvia Becker contra Land Hessen*, asunto (C-5/02), (ECLI:EU:C:2003:583).

STJUE de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, asunto C-307/05, (EU:C:2007:509), apartado 47

STJUE de 15 de abril de 2008, *Caso Impact*, asunto C-268/06 (TJCE 2008\82).

STJUE de 13 de marzo de 2014, *Nierodzik*, asunto C-38/13, (EU:C:2014:152), apartados 27 y 29.

STJUE de 13 de mayo de 2015, *Caso Rabal Cañas*, asunto C-392/13 (TJCE 2015\24), apartado 63.

STJUE de 1 de octubre de 2015, *Caso O contra Bio Philippe Auguste SARL*, asunto C-432/14 (JUR 2015\234812), apartado 38.

STJUE de 14 de septiembre de 2016, *de Diego Porras*, asunto C-596/14 (TJCE 2016\111).

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª). Sentencia núm. 613/2016 de 5 de octubre de 2016 (Rec. 246/2014).

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) Auto núm. 2279/2016 de 2 de noviembre de 2016 (ECLI: ES: TSJGAL: 2016:41A).

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 5087/2016 de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS: 2016:5087).

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 2279/2016 de 15 noviembre (AS\2016\1686).

Legislación

Consejo de la Unión Europea. Directiva 1998/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. *Diario Oficial de las Comunidades Europea*, 20 de julio de 1998, núm. 225, pp. 16-21 (BOE 12 de agosto de 1998).

Consejo de la Unión Europea. Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. *Diario Oficial de las Comunidades Europea*, 28 de junio de 1999, núm. 175, p. 2 (BOE 10 de julio de 1999).

Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (BOE 8 de enero de 1999).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24 de octubre de 2015).

Otras fuentes

Ministerio de Empleo y Seguridad Social (2015), “Datos estadísticos generales. Diciembre de 2016” [base de datos en línea; disponible en: http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2016/diciembre.html; fecha de consulta 12 de febrero de 2017].